Audience publique du dix-neuf novembre deux mille quinze

Numéro 39723 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Agnès ZAGO, conseiller,
Carole KERSCHEN, conseiller,
Josiane STEMPEL, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée **ZZ.**), agissant également sous la dénomination YY.), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son ou ses gérants actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 1^{er} mars 2013,

comparant par Maître Nicolas DECKER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la **COMMUNE DE TT.**), représentée par son collègue des bourgmestre et échevins actuellement en fonctions, établie à (...),

intimée aux fins du prédit exploit BIEL,

comparant par Maître Steve HELMINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Sur le territoire de la Commune de TT.) est installé un réseau de télédiffusion exploité par la société à responsabilité limitée ZZ.).

Cette exploitation a trouvé son origine dans une convention de concession du 1^{er} décembre 1997 conclue entre la Commune de TT.) et la société à responsabilité limitée ZZ.). Cette convention a été dénoncée par la Commune de TT.) avec effet au 18 mai 2010.

Par exploit d'huissier du 30 septembre 2009, la Commune de TT.), ci-après la COMMUNE, a fait donner assignation à la société à responsabilité limitée ZZ.), ci-après ZZ.), agissant également sous la dénomination YY.), à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, aux fins de voir constater qu'elle est propriétaire du réseau de télédistribution installé sur son territoire, pour faire droit à l'action pétitoire en revendication de la propriété du réseau de télédistribution et pour voir dire que le jugement à intervenir tiendra lieu de titre de propriété. Elle a encore demandé de voir constater qu'elle a régulièrement résilié la convention de concession du 1^{er} décembre 1997 et de voir ordonner à ZZ.) de cesser toute exploitation et de libérer le réseau à partir du 18 mai 2010, sous peine d'une astreinte de 1.000 EUR par jour de retard constaté, d'ordonner à ZZ.) de communiquer un relevé de tous les équipements installés sur le territoire de la commune ainsi qu'un plan explicite des réseaux existants des réseaux, sous peine d'une astreinte de 500 EUR par jour de retard. Elle a sollicité une indemnité de procédure de 5.000 EUR.

La COMMUNE a soutenu à l'appui de sa demande qu'elle est propriétaire du réseau de télédiffusion installé sur son territoire par application des articles 551 et 552 du code civil. Selon elle, le réseau, incorporé dans le sous-sol de la propriété de la COMMUNE, lui appartient par accession de propriété, le réseau appartenant au domaine public et en faisant partie. En outre, les parties à la convention du 1^{er} décembre 1997 auraient considéré que la COMMUNE est le propriétaire du réseau.

ZZ.) a soutenu que c'est elle qui est propriétaire de ce réseau, la convention de cession serait caduque par disparition de son objet depuis 2005 au motif que celle-ci porterait sur des autorisations dont elle dispose de droit et que la COMMUNE aurait été sans pouvoir d'accorder ou de refuser. Depuis la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications, les opérateurs n'auraient plus eu besoin de conclure des conventions avec les communes pour l'exploitation de leur réseau.

La loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques aurait en outre libéralisé la fourniture et l'exploitation des réseaux et accordé aux télédistributeurs le bénéfice d'une servitude légale d'utilité publique. ZZ.) a invoqué les articles 34 et 71 de la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications ainsi que celles de la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques.

Par un jugement du 5 décembre 2012, le tribunal d'arrondissement a constaté que la COMMUNE est propriétaire du réseau de télédistribution installé sur son territoire, a constaté que la convention de concession du 1^{er} décembre 1997 a été régulièrement résiliée par la COMMUNE, a dit que ZZ.) est tenue de cesser toute exploitation et de libérer le réseau de télédistribution installé sur le territoire de la Commune de TT.), a dit non fondée la demande en indemnisation de ZZ.), a dit non fondée la demande de ZZ.) basée sur l'article 6-1 du code civil, a débouté les parties de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure.

Pour arriver à cette conclusion le tribunal a, concernant la propriété du réseau de télédistribution, retenu que ZZ.) n'est pas titulaire d'une licence d'exploitation ou d'une autorisation telle que prévue par la loi et que faute de licence, la convention de concession n'est pas caduque, d'autant plus que celle-ci a été conclue après l'entrée en vigueur de la loi du 21 mars 1997.

Le tribunal a ensuite dit que la COMMUNE est propriétaire du réseau de télédistribution existant au jour de la signature de la convention de concession du 1^{er} décembre 1997 et qu'en fin de concession la COMMUNE devient propriétaire des extensions du réseau réalisées depuis la signature de la convention. Au vu de la dénonciation régulière de la convention par la COMMUNE, le tribunal a dit que cette dernière est propriétaire de l'ensemble du réseau de télédistribution installé sur son territoire. Comme l'article 5.4. de la convention n'a pas prévu de dédommagement, le tribunal a rejeté la demande en indemnisation présentée par ZZ.).

Le tribunal a ordonné à ZZ.) de communiquer à la COMMUNE un relevé de tous les équipements installés sur son territoire ainsi qu'un plan explicite des réseaux existants dans les trois mois de la signification du jugement, sous peine d'une astreinte de 100 EUR par jour de retard constaté.

Par exploit d'huissier du 1^{er} mars 2013, ZZ.) a régulièrement relevé appel de la décision du 5 décembre 2012, signifiée le 21 janvier 2013 par la COMMUNE.

Elle demande de réformer le jugement du 5 décembre 2012, de dire qu'elle est propriétaire du réseau de télédistribution, de dire que la convention de concession du 1^{er} décembre 1997 est devenue caduque avec l'entrée en vigueur de la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques, de dire que la résiliation de la convention du 9 janvier 2009 ne sortira aucun effet légal ; de réformer le jugement en ce qu'il a dit qu'elle est tenue de cesser toute exploitation et de libérer le réseau de télédistribution et en ce qu'il l'a condamnée à fournir un relevé de tous les équipements et un plan explicite des réseaux existants ; en ordre subsidiaire, de dire que la propriété du réseau de télédistribution situé sur le territoire de la Commune de TT.) ne s'étend pas aux réseaux de « télévision digitale », de la « vidéo à la demande », « de l'internet » et du « téléphone » ; en ordre plus subsidiaire, de déclarer sa demande indemnitaire fondée et de condamner la COMMUNE au paiement de la somme de 700.000 EUR. Dans

ses conclusions notifiées le 30 janvier 2014, ZZ.) a augmenté cette demande à la somme de 1.606.308 EUR.

ZZ.) a formulé une offre de preuve par l'audition de témoins sur les faits suivants:

« La société ZZ.) a étendu le réseau de télédistribution sur le territoire de la Commune de TT.) depuis l'année 1997.

La société ZZ.) a investi dans l'installation d'un nouveau réseau électronique permettant aux abonnés de se connecter aussi au téléphone et à internet.

Suite à l'installation de ce nouveau réseau moderne et plus performant, la société ZZ.) peut proposer à ces abonnés des réseaux de « télévision digitale », de la « vidéo à la demande », d' « internet » et de « téléphone », ce qui n'était pas possible avec l'ancien réseau de télédistribution analogique.

Le réseau dit de télédistribution, installé sur le territoire de la Commune de TT.), n'est plus que partiellement un réseau de télédistribution assurant la distribution de programmes de télévision et de radio.

D'un point de vue technique le réseau ZZ.) est constitué à l'heure actuelle d'un fil dont la fréquence très basse est réservée au téléphone, la fréquence moyenne à l'internet et la fréquence haute à la télévision. L'abonné peut choisir entre les trois options.

La société ZZ.) a investi en 2003 le montant de 834.503 Euros afin de moderniser son réseau sur le territoire de la Commune de TT.).

Entre les années 2003 et 2012, elle a continué à investir pour le montant de 294.787 Euros en vue du raccordement des ménages, de l'achat de décodeurs et des modems sur le territoire de la Commune de TT.).

En 2012, ZZ.) a mis à niveau son réseau dans la Commune de TT.) en investissant dans un réseau supplémentaire de connexion par fibre via la société SS.) pour le montant de 277.018 Euros.

Les frais de maintenance coûtent environ 200.000 Euros.

La Commune de TT.) était informée de la nature des investissements effectués par la société ZZ.) sur le territoire de la Commune alors qu'une réunion d'information entre la société ZZ.), représentée entre autres par son gérant, et le collègue échevinal de la Commune de TT.) a eu lieu le 28 janvier 2013 à la maison communale.

La Commune de TT.) a prêté la salle des fêtes communale à la société ZZ.) pour organiser une réunion d'information pour les habitants de la Commune et ainsi leur expliquer les nouveaux services que la société ZZ.) propose. »

Quant au cadre légal

La loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications a eu pour objectif la création d'un environnement concurrentiel pour le secteur des télécommunications et le libre exercice des activités de télécommunications dans le respect des dispositions légales, le maintien d'un service universel des télécommunications minimal garantissant à tous les utilisateurs les bénéfices des services définis par la loi et ses règlements d'exécution et la séparation de la fonction de régulation et de la fonction d'exploitation des réseaux ainsi que la fourniture des services de télécommunications.

Cette loi a été abrogée par la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de télécommunications électroniques qui elle a été abrogée par la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques.

ZZ.) se base sur la loi du 21 mars 1997 et notamment sur les articles 34 et 71 pour dire qu'en tant que titulaire d'une licence d'exploitation au sens de cette loi, elle est le propriétaire du réseau installé sur le territoire de la commune.

Si la loi du 21 mars 1997 sur les communications a été abrogée par la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de télécommunications électroniques, les droits de propriété éventuels nés de la loi du 21 mars 1997 restent préservés, de sorte que c'est cette loi qui doit s'appliquer à la question de la propriété du réseau soulevée par les parties.

Comme la résiliation de la convention est intervenue après l'entrée en vigueur de la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques qui a libéralisé la fourniture et l'exploitation des réseaux, mais avant l'entrée en vigueur de la loi du 27 février 2011, la loi du 30 mai 2005 doit s'appliquer à la question de l'incidence de la dénonciation de la convention faite par la COMMUNE.

Quant à la propriété du réseau de télédistribution

D'emblée, il y a lieu de constater que la présente affaire concerne la société à responsabilité limitée ZZ.) et non pas la société anonyme ZZ.) qui elle a été absorbée par la société anonyme UU.) suivant acte notarié passé le 19 décembre 2005 par devant Maître Joseph ELVINGER.

ZZ.) reproche d'abord aux juges de première instance qu'ils ont retenu que la COMMUNE est propriétaire du réseau de télédistribution se trouvant sur son territoire sur base de la convention conclue entre parties le 1^{er} décembre 1997. Elle fait valoir qu'elle a toujours été et qu'elle est toujours le propriétaire du réseau de télédistribution de TT.) alors que le 4 décembre 1992 elle aurait acquis de WW.) « un commerce de télédistribution par réseaux sur le territoire d'un certain nombre de communes », dont la COMMUNE de TT.). Elle serait ainsi devenue propriétaire du réseau de télédistribution installé sur le territoire de la COMMUNE de TT.).

Elle explique que la convention de concession a été conclue entre ZZ.) et la COMMUNE le 1^{er} décembre 1997. A ce moment, le domaine des télécommunications aurait été régi par la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications. Conformément aux stipulations de la loi du 21 mars 1997, elle aurait sollicité et obtenu une licence d'exploitation. La loi de 1997 aurait été abrogée par la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques et la procédure d'autorisation instaurée par la loi de 1997 aurait été remplacée par une procédure de notification à l'Institut luxembourgeois de Régulation. ZZ.) qui était titulaire d'une licence sous l'empire de la loi de 1997 serait aujourd'hui « entreprise notifiée » et de ce fait

autorisée à établir et à exploiter sur tout le territoire du Grand-Duché des réseaux de télécommunications.

La COMMUNE conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qui concerne sa qualité de propriétaire du réseau. Elle estime que sa qualité de propriétaire du réseau de télédistribution découle d'abord de la convention du 1^{er} décembre 1997 (article 5.4). En ordre subsidiaire, elle invoque les principes applicables à la domanialité publique (articles 551 et 552 du code civil) ainsi que le régime de concession et de la théorie des biens de retour. Elle fait valoir qu'il résulte d'une application combinée des articles 551 et 552 du code civil que le réseau de télédiffusion litigieux, incorporé dans le sous-sol du territoire communal appartient par accession à la commune. La cession du fonds de commerce alléguée par ZZ.) n'aurait pu engendrer aucun transfert de propriété, puisque les anciens occupants du réseau ne disposaient pas d'un droit réel sur le domaine public communal. Elle prétend que le régime de concession de service implique que le réseau constitue un bien de retour qui n'appartient pas au câblo-opérateur mais doit revenir à l'autorité publique à la fin des relations contractuelles. Tout bien, de quelque nature qu'il soit, nécessaire à l'exploitation du réseau de télédistribution serait à considérer comme un bien de retour, devant obligatoirement revenir à la commune, sur base du contrat de concession. La COMMUNE estime encore que ZZ.) revendique à tort la propriété par référence au registre public tenu par l'Institut luxembourgeois de Régulation (ILR) puisque la législation n'accorde aucune compétence à l'ILR concernant la propriété des réseaux.

ZZ.) produit en instance d'appel une licence d'exploitation pour « l'établissement et l'exploitation d'un réseau fixe de télécommunications » délivrée par le Ministre des Communications en date du 20 janvier 1999. Selon ZZ.), le titulaire d'une licence au sens de l'article 7 de la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications est le propriétaire du réseau.

Cette affirmation de ZZ.) est cependant à rejeter.

L'article 7(1) de cette loi prévoit que : « Toute personne désireuse d'exploiter un réseau de télécommunications franchissant le domaine public de l'ETAT et des communes ou un service soumis à licence doit en faire la demande auprès du ministre préalablement au commencement de l'exploitation de ce réseau ou service ».

Aux termes de l'article 71 de la loi « (1) Les propriétaires de réseaux de télévision par câble et/ou d'antennes collectives existant à l'entrée en vigueur de la présente loi notifieront à l'Institut, dans un délai de quatre mois :

- a) le statut juridique du propriétaire du réseau ;
- b) l'étendue géographique du réseau ;
- c) les caractéristiques techniques du réseau ;
- d) les services offerts sur le réseau ;
- e) l'emplacement de la station de réception ;
- f) le nombre d'abonnés ;
- g) la méthode de calcul des coûts à la base de la tarification appliquée ;
- h) la procédure de règlement des droits de passage ;

i) le cas échéant, l'identité de l'entreprise en charge de la maintenance du réseau.

(2) Sur base de ces notifications et après consultation des milieux intéressés (opérateurs et clients) l'Institut proposera pour approbation au ministre un projet de licence accompagné d'un cahier des charges applicables uniquement à la télédistribution par câble et un projet de licence accompagné d'un cahier des charges applicables aux antennes collectives. Une fois ces propositions approuvées, les anciennes autorisations de construction ou d'exploitation seront remplacées par des licences adoptées conformément à la présente... ».

La licence accordée à ZZ.) par laquelle elle est autorisée à établir un réseau de télécommunications souterrain et / ou aérien lui permettant l'exploitation de services spécifiés, sur tout le territoire du Grand-Duché de Luxembourg et ceci conformément aux dispositions légales et réglementaires applicables et au plan du tracé de son réseau, tel qu'il a été déposé à l'Institut, ne confère cependant pas de droit de propriété sur le réseau. Cette licence autorise ZZ.) seulement à établir et à exploiter un réseau de télédistribution.

ZZ.) invoque encore à tort la propriété du réseau par référence au registre public tenu par l'ILR, puisque la législation n'accorde aucune compétence à l'ILR concernant la propriété du réseau.

ZZ.) estime que sa qualité de propriétaire du réseau résulte tant du contrat de vente qu'elle a conclu avec WW.) en date du 4 décembre 1992 que de l'inventaire des installations et que la qualité de propriétaire de la COMMUNE ne peut pas être déduite de la convention de concession conclue le 1^{er} décembre 1997 avec la COMMUNE, puisque les stipulations de la convention de concession sont contredites par le contrat de vente. La convention de concession serait de toute façon caduque puisque depuis l'adoption de la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications, elle serait entreprise notifiée au sens de la loi et pourrait désormais exploiter librement son réseau sans autre autorisation de la COMMUNE.

Il est vrai que depuis l'adoption de la loi du 30 mai 2005, qui a libéralisé l'activité de fourniture de services de communications électroniques, l'autorisation de la COMMUNE afin de pouvoir exploiter un service de télécommunications sur son territoire n'est plus nécessaire. Cette libéralisation de fourniture de services n'est cependant pas de nature à affecter les dispositions de la convention de concession relatives à la propriété du réseau.

Suivant contrat de vente du 4 décembre 1992, conclu entre WW.) et ZZ.), ZZ.) a acquis un réseau de télédistribution se trouvant à TT.). Ce contrat portait sur les « équipements, ustensiles, outillages et matériaux servant à l'exploitation du réseau de télédistribution ». Les vendeurs y déclarent qu'ils sont seuls propriétaires du fonds décrit et de tous les éléments corporels et incorporels. Ils garantissent l'acquéreur contre toute éviction du fonds de commerce qu'elle soit totale ou partielle. Ils déclarent encore que l'acquéreur

est propriétaire du fonds de commerce vendu et en supporte les risques à compter du premier janvier 1993.

Aux termes de ce contrat, WW.) étaient au moment de la vente propriétaires des marchandises faisant partie du fonds de commerce, à savoir de la ligne principale, de la ligne de distribution, de tous les raccordements et du réseau.

Par convention du 1^{er} décembre 1997 passée entre la COMMUNE et ZZ.) après l'entrée en vigueur de la loi du 21 mars 1997, la COMMUNE a chargé ZZ.) de l'exploitation du réseau de télédistribution existant à TT.), aux seules charges et risques de ZZ.). En compensation, la COMMUNE a concédé, dans la limite de ses pouvoirs, le droit exclusif d'installer et d'exploiter un ou plusieurs réseaux par câbles de distribution de télévisions et de radio en fréquence modulée ainsi que tous autres signaux sur le territoire de la COMMUNE.

Il est stipulé à l'article 5.4 de la convention que « le réseau de télédistribution existant reste la propriété de la Commune. Les extensions du réseau sur le territoire de la Commune resteront propriété de la Société pendant la durée de l'exploitation et deviendront propriété communale en fin de concession, sans dédommagement ».

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

En l'espèce, la convention de concession prouve que la propriété du réseau de télédistribution existant au jour de la signature appartient à la COMMUNE.

ZZ.) fait valoir que la COMMUNE, en s'appropriant un bien d'autrui viole les articles 3 et 11 de la Directive 2001/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, dite « directive cadre ».

L'article 3 précité prévoit que :

1. Les États membres veillent à ce que chacune des tâches assignées aux autorités réglementaires nationales dans la présente directive et dans les directives particulières soit accomplie par un organisme compétent.
2. Les États membres garantissent l'indépendance des autorités réglementaires nationales en faisant en sorte que celles-ci soient juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes de toutes les organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques. Les États membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part.
3. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales exercent leurs pouvoirs de manière impartiale et transparente.

4. Les États membres publient les tâches à accomplir par les autorités réglementaires nationales d'une manière aisément accessible, en particulier lorsque ces tâches sont confiées à plusieurs organismes. Les États membres assurent, le cas échéant, la consultation et la coopération entre ces autorités, ainsi qu'entre ces autorités et les autorités nationales chargées de l'application du droit de la concurrence et les autorités nationales chargées de l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, sur des sujets d'intérêt commun. Lorsque plus d'une autorité est compétente pour traiter ces questions, les États membres veillent à ce que les tâches respectives de chaque autorité soient publiées d'une manière aisément accessible.

5. Les autorités réglementaires nationales et les autorités nationales en matière de concurrence se communiquent les informations nécessaires à l'application des dispositions de la présente directive et des directives particulières. En ce qui concerne les informations échangées, l'autorité qui les reçoit assure le même niveau de confidentialité que l'autorité qui les fournit.

6. Les États membres notifient à la Commission toutes les autorités réglementaires nationales chargées d'accomplir des tâches en application de la présente directive et des directives particulières, ainsi que leurs responsabilités respectives.

L'article 11 précité prévoit que :

1. Les États membres veillent à ce que, lorsque une autorité compétente examine:

- une demande en vue de l'octroi de droits pour permettre la mise en place de ressources sur, au-dessus ou au-dessous de propriétés publiques ou privées à une entreprise autorisée à fournir des réseaux de communications publics, ou

- une demande en vue de l'octroi de droits pour permettre la mise en place de ressources sur, au-dessus ou au-dessous de propriétés publiques à une entreprise autorisée à fournir des réseaux de communications électroniques non publics,

- elle agisse sur la base de procédures transparentes et accessibles au public, appliquées sans discrimination et sans retard, et

- respecte les principes de transparence et de non-discrimination lorsqu'elle assortit de tels droits de certaines conditions.

- Les procédures précitées peuvent être différentes selon que le demandeur est ou non un fournisseur de réseaux de communications publics.

2. Les États membres veillent à ce que, lorsque des autorités publiques ou locales conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises exploitant des réseaux et/ou des services de communications électroniques, il y ait une séparation structurelle effective entre la fonction responsable de l'octroi des droits visés au paragraphe 1 et les activités associées à la propriété et au contrôle.

3. Les États membres veillent à ce qu'il existe des mécanismes efficaces permettant aux entreprises d'introduire un recours devant un organisme indépendant des parties concernées contre des décisions sur l'octroi de droits de mise en place de ressources.

ZZ.) n'invoque pas de violation d'une disposition du droit national ayant transposé la Directive et reste, par ailleurs, en défaut de prouver le rapport entre les dispositions par elle visées et le droit de propriété du réseau invoqué par la COMMUNE. La pertinence du moyen laisse donc d'être établie.

Comme la COMMUNE revendique sa propriété sur base de la convention conclue entre parties, ZZ.) fait en outre valoir à tort que la COMMUNE aurait une attitude discriminatoire à son égard au motif que « la commune de TT.) ne revendique pas la propriété des installations des concurrents de ZZ.) ».

Etant donné que la propriété du réseau au jour de la signature de la convention appartient à la COMMUNE, l'appel de ZZ.) est non fondé de ce chef.

Quant à la dénonciation de la convention

ZZ.) fait valoir que la convention de concession est caduque au motif que depuis la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005, elle aurait pu exploiter librement son réseau et n'aurait plus besoin d'une quelconque autorisation ou concession pour exercer son activité. Elle aurait sollicité, conformément à l'article 7 de la loi de 1997, une licence d'exploitation, qu'elle aurait obtenue le 20 janvier 1999. Cette licence aurait été étendue par décision du 8 juillet 1999.

La loi de 1997, qui aurait été abrogée par la loi du 30 mai 2005, aurait posé le principe que l'activité de fourniture de réseaux et services de communications électroniques s'exercerait librement et aurait supprimé l'obligation pour les entreprises propriétaires de leur réseau, de conclure avec la commune sur le territoire de laquelle est situé son réseau, un contrat de concession. Cette loi aurait en outre remplacé la procédure d'autorisation par une procédure de notification à l'ILR. Comme elle aurait été titulaire d'une licence sous l'empire de la loi de 1997, elle serait aujourd'hui « entreprise notifiée » et de ce fait autorisée à établir et à exploiter sur tout le territoire du Grand-Duché des réseaux de télécommunications.

La COMMUNE prétend que la convention de concession a été dénoncée dans le respect des dispositions contractuelles. Cette dénonciation serait intervenue en raison des nombreuses carences du concessionnaire dans l'exploitation du réseau. Elle demande de confirmer le jugement de première instance, d'ordonner la cessation de toute exploitation et de libérer le réseau de télédistribution.

L'article 34 de la loi du 21 mars 1997 prévoit que « (1) Dans les conditions prévues dans cette section, le titulaire d'une licence pour l'exploitation d'un réseau de télécommunications ou toute autre personne autorisée à établir un moyen de liaison fixe ou radio particulier en application de l'article 15 est autorisé à faire usage du domaine public de l'Etat et des communes pour établir des câbles, lignes aériennes et équipements connexes et exécuter

tous les travaux y afférents, dans le respect de leur destination et des dispositions légales et réglementaires régissant l'utilisation.

Font partie de ces travaux ceux qui sont nécessaires au maintien, à la modification, à la réparation, à l'enlèvement et au contrôle des câbles, lignes aériennes et équipements connexes.

(2) Les câbles, lignes aériennes et équipements connexes établis restent la propriété du titulaire d'une licence pour l'exploitation d'un réseau de télécommunications conformément à l'article 7 après l'expiration ou le retrait de la licence ».

L'article 7(1) de cette loi prévoit que : « Toute personne désireuse d'exploiter un réseau de télécommunications franchissant le domaine public de l'ETAT et des communes ou un service soumis à licence doit en faire la demande auprès du ministre préalablement au commencement de l'exploitation de ce réseau ou service ».

Aux termes de l'article 71 de cette loi « (1) Les propriétaires de réseaux de télévision par câble et/ou d'antennes collectives existant à l'entrée en vigueur de la présente loi notifieront à l'Institut, dans un délai de quatre mois : a) le statut juridique du propriétaire du réseau, b) l'étendue géographique du réseau, c) les caractéristiques du réseau, d) les services offerts sur le réseau, e) l'emplacement de la station de réception, f) le nombre d'abonnés, g) la méthode de calcul des coûts à la base de la tarification appliquée, h) la procédure de règlement des droits de passage, i) le cas échéant, l'identité de l'entreprise en charge de la présente ».

La loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques, qui a abrogé la loi de 1997, prévoit en son article 7 que « Sous réserve des dispositions de la présente loi et sans préjudice de conditions applicables en vertu d'autres lois, l'activité de fourniture de réseaux et de services de communications s'exerce librement ». La procédure d'autorisation instaurée par la loi de 1997 a été remplacée par une procédure de notification à l'ILR.

L'article 8 (1) de la loi de 2005 prévoit que « Toute personne physique ou morale qui a l'intention de fournir des réseaux ou des services de communications électroniques doit, au plus tard vingt jours avant de commencer la fourniture, notifier cette intention à l'Institut. Cette entreprise est réputée être titulaire d'une autorisation générale ».

La loi du 30 mai 2005 sur les réseaux de communications a posé le principe que l'activité de fourniture de réseaux et services de communications électroniques s'exerce librement et a supprimé l'obligation pour les entreprises, de conclure avec la commune sur le territoire de laquelle est situé le réseau, un contrat de concession à condition que ladite entreprise soit entreprise notifiée.

Selon l'article 82 de la loi du 30 mai 2005 « L'entreprise titulaire d'une licence conformément à l'article 7 de la loi modifiée du 21 mars 1997 sur les télécommunications est réputée « entreprise notifiée » au sens de l'article 8

de la présente loi, sauf déclaration contraire à notifier à l'Institut dans le mois qui suit l'entrée en vigueur de la présente loi ».

La loi du 30 mai 2005 entend par entreprise notifiée « une personne physique ou morale qui, suite à la notification à l'Institut est autorisée à fournir des réseaux ou des services de communications électroniques.

En première instance, ZZ.) n'avait pas versé de licence ou d'autorisation d'exploitation.

La licence que ZZ.) produit actuellement en instance d'appel est intitulée « licence pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau fixe de télécommunications et d'un service de téléphonie » et a été délivrée le 20 janvier 1999 par le Ministre des Communications. Une extension de licence a été délivrée le 8 juillet 2004.

Aux termes de l'article 1.1. de la licence accordée à ZZ.), cette dernière est autorisée à établir un réseau de télécommunications souterrain et/ou aérien lui permettant l'exploitation de services spécifiés ci-après, sur tout le territoire du Grand-Duché de Luxembourg et ceci conformément aux dispositions légales et réglementaires applicables et au plan du tracé de son réseau, tel qu'il a été déposé à l'Institut.

En vertu de l'article 82 de la loi, les entreprises titulaires d'une licence sous l'empire de la loi de 1997 sont réputées « entreprises notifiées » au sens de l'article 8 de la loi de 2005.

Comme ZZ.) est titulaire d'une licence depuis le 20 janvier 1999, elle est entreprise notifiée au sens de la loi et peut par conséquent librement exploiter le réseau sur le territoire de la commune de TT.) et n'a plus aucune autorisation à demander ou à obtenir de la commune pour offrir ses services à ses abonnés.

Etant donné que les dispositions de la convention relatives à l'exploitation du réseau sont devenues caduques suite à l'entrée en vigueur de la loi du 30 mai 2005, la dénonciation de la convention avec effet au 18 mai 2010 par la COMMUNE est sans objet et ZZ.) ne saurait être privée de son droit d'exploiter le réseau de télédistribution, ni être tenue de le libérer.

Quant à la communication du relevé de tous les équipements

ZZ.) fait valoir que c'est à tort qu'elle a été condamnée à communiquer à la COMMUNE un relevé de tous les équipements installés sur son territoire ainsi qu'un plan explicite des réseaux existants. Elle s'oppose à cette demande au motif que la convention du 1er décembre 1997 est caduque.

La COMMUNE fait valoir à juste titre que la caducité des dispositions de la convention relatives à l'exploitation du réseau n'affecte pas la validité des dispositions relatives à la communication du relevé de tous les équipements.

Aux termes de l'article 2.13 de la convention « La Société s'engage à remettre après la signature de la présente à la Commune un relevé de tous les équipements installés sur le territoire de cette dernière, ainsi qu'un plan des réseaux existants».

ZZ.) ne conteste pas ne pas avoir remis le relevé prévu à l'article 2.13 de la convention, de sorte que c'est à bon droit que les juges de première instance l'ont condamnée à remettre à la COMMUNE un relevé de tous les équipements installés sur son territoire ainsi qu'un plan explicite des réseaux existants dans les trois mois de la signification du jugement, sous peine d'une astreinte de 100 EUR par jour de retard constaté, l'astreinte étant plafonnée au montant de 5.000 EUR.

Quant à la demande basée sur l'article 6-1 du code civil

ZZ.) fait valoir que c'est à tort que les juges de première instance n'ont pas fait droit à sa demande en allocation d'un montant de 30.000 EUR basée sur l'article 6-1 du code civil. Elle fait valoir que la COMMUNE a commis un abus en essayant de revendiquer de mauvaise foi des droits auxquels elle ne saurait prétendre.

Etant donné qu'il n'est pas établi que la COMMUNE a agi de mauvaise foi ou dans une intention dolosive, c'est à bon droit que les juges de première instance ont débouté ZZ.) de sa demande en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire.

Quant aux demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile

ZZ.) et la COMMUNE réclament chacune pour l'instance d'appel une indemnité de procédure de 10.000 EUR.

Il n'est en l'espèce pas inéquitable de laisser à charge de chacune des parties des sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, de sorte que les demandes respectives basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile sont à déclarer non fondées.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel,

le dit partiellement fondé,

confirme le jugement du 5 décembre 2012 en ce qu'il a dit que la COMMUNE DE TT.) est propriétaire du réseau de télédistribution installé sur son territoire et en ce qu'il a débouté la société à responsabilité limitée ZZ.) de sa demande basée sur l'article 6-1 du code civil,

confirme le jugement du 5 décembre 2012 en ce qu'il a ordonné à la société à responsabilité limitée ZZ.) de communiquer à la COMMUNE DE TT.) un relevé de tous les équipements installés sur son territoire ainsi qu'un plan explicite des réseaux existants sous peine d'une astreinte de 100 EUR par jour de retard constaté,

dit que la société à responsabilité limitée ZZ.) est tenue de faire cette communication à la COMMUNE DE TT.) dans les trois mois à partir de la signification du présent arrêt,

dit que l'astreinte est à plafonner à un montant de 5.000 EUR,

réformant

déboute la COMMUNE DE TT.) de sa demande tendant à voir dire que la société à responsabilité limitée ZZ.) est tenue de cesser toute exploitation et de libérer le réseau de télédistribution installé sur le territoire de la Commune de TT.),

dit non fondées les demandes respectives basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour moitié à la COMMUNE DE TT.) et pour moitié à la société à responsabilité limitée ZZ.) avec distraction au profit de Maître Nicolas DECKER et de Maître Steve HELMINGER, avocats concluant qui la demandent affirmant, en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Josiane STEMPEL.